

Aansprakelijkheid voor aan derden verschafte informatie

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (1996). Aansprakelijkheid voor aan derden verschafte informatie: Enige dogmatische en praktische kanttekeningen bij derden aansprakelijkheid. In *Bank & aansprakelijkheid* (pp. 91-106). Kluwer.

Document status and date:

Published: 01/01/1996

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Aansprakelijkheid voor aan derden verschaft informatie

Enige dogmatische en praktische kanttekeningen bij derden-aansprakelijkheid

Mr J.M. Smits*

1 Inleiding

Dat de bank niet alleen aansprakelijk kan zijn jegens degene met wie zij een contractuele relatie heeft, maar soms ook verplicht is om de schade die 'derden' door enig gedrag van de bank lijden te vergoeden, is al lang gemeengoed.¹ Desalniettemin heeft deze vorm van aansprakelijkheid recent veel aan belang gewonnen: niet alleen is op een meer 'dogmatisch' niveau de vraag gesteld hoe in het algemeen aansprakelijkheid jegens derden moet worden geduid,² bovendien is sinds het arrest van de Hoge Raad inzake Van Ittersum/Rabobank³ ook praktisch de vraag hoe ver de aansprakelijkheid van de bank voor *al dan niet verstrekte informatie* precies reikt.

In deze bijdrage wordt beoogd aan beide aspecten aandacht te besteden: na een beschouwing omtrent de dogmatische plaatsing van de derden-aansprakelijkheid in het algemeen (paragraaf 2) en een voor het goede begrip noodzakelijke uitweiding over het Engelse recht terzake (paragraaf 3) worden enige praktische consequenties die meer specifiek het verschaffen van informatie door banken

* De auteur bedankt mw mr E.J.A.M. van den Akker voor haar commentaar bij een eerdere versie van deze bijdrage.

1 Zie het bekende Erba-arrest (HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514), waarop onder meer werd voortgebouwd in HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (Osby). Zie hierover in rechtsvergelijkend perspectief L. Simont en A. Bruyneel, *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé*, [Feduci 1984] en heel algemeen I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Aansprakelijkheid van banken*, Zwolle 1987, p. 16 e.v.

2 Zie bijvoorbeeld J.B.M. Vranken, *Schaalvergroting in het vermogensrecht; een slotbeschouwing*, NJB 1995, p. 1404, E.J.A.M. van den Akker, *Nobless oblige?*, in: *Het actuele recht* 2, Lelystad 1995, p. 43 e.v. en voor Duitsland Barbara Grunewald, *Die Haftung des Experten für seine Expertise gegenüber Dritten*, AcP 187 (1987), p. 285 e.v.

3 HR 10 december 1993, NJ 1994, 667. Zie voor een recent overzicht van rechtspraak, ook van geschillen- en klachtencommissies en vooral jegens de cliënt, F. Molenaar, *De aansprakelijkheid van de bank voor gebrekkige informatie*, A&V 3 (1995), p. 107 e.v.

aangaan voor het voetlicht gebracht (in de resterende paragrafen). Aldus wordt beoogd niet slechts de practicus van dienst te zijn, doch ook een vraag aan de orde te stellen die ons traditionele verbintenissenrecht en de daarin bestaande scheiding van enerzijds contractuele, anderzijds delictuele aansprakelijkheid op zijn kop lijkt te zetten (of dat echt zo is staat echter te bezien). Dat wordt begonnen met de meer abstracte vraag naar de mogelijke grondslag van de aansprakelijkheid vindt daarin zijn rechtvaardiging dat pas wanneer die grondslag is bepaald, daarmee ook is uitgemaakt hoe de presentatie van het door ons te behandelen probleem praktisch moet geschieden.

2 Aansprakelijkheid jegens 'derden': een zelfstandig leerstuk?

Het in de rechtspraak meest voorkomende geval van derden-aansprakelijkheid is dat waarin een beroepsbeoefenaar (die gecontracteerd heeft met een cliënt) aansprakelijk is jegens personen die hij wellicht niet kent doch met wier belangen hij toch rekening heeft te houden.⁴ De voorbeelden zijn legio. De notaris kan onrechtmatig handelen jegens de schuldeisers van een bank door transport- en hypotheekakten te verlijden indien hij moet weten dat de bank daardoor in een ernstig gevaar voor insolventie komt te verkeren.⁵ De advocaat die verplicht is voor de huurder een huurovereenkomst te verlengen doch dit nalaat, handelt jegens de onderhuurder onrechtmatig.⁶ Zelfs is denkbaar dat de anesthesist voor een narcosefout aansprakelijk is jegens de vader van de patiënt.⁷ En in het al aangehaalde Erba-arrest werd in beginsel mogelijk geacht dat een bank aansprakelijk is jegens de overige schuldeisers van een cliënt indien de bank wist of kon voorzien dat door het (opnieuw) verschaffen van krediet die crediteuren zouden worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden.⁸

4 Zie voor een geval van niet-beroepsaansprakelijkheid bijvoorbeeld HR 4 februari 1977, NJ 1977, 278 (Zwaan/Gerritsen) alsmede HR 29 januari 1993, NJ 1994, 172 (Vermobo/Van Rijswijk).

5 HR 23 december 1994, RvdW 1995, 10 en 11 (Curatoren THB/V.), herhaald in HR 15 september 1995, RvdW 1995, 171 (E./Curatoren THB), waarover mijn bijdrage aan Bb 1995, p. 205 e.v.

6 HR 2 april 1982, NJ 1983, 367 (Smael en de Ridder/Moszkowicz).

7 Zie HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (Mia Versluis) en Asser-Hartkamp III (1994), no. 51c voor enige andere voorbeelden.

8 Vgl. voor het Engelse recht reeds Lord Denning in *Candler v. Crane, Christmas & Co.* [1951] 1 All ER 426, die een duty of care zag voor 'those persons such as accountants, surveyors, valuers and analysts, whose profession and occupation it is (...) to make reports on which other people - other than their clients - rely in the ordinary course of

Hoe nu deze aansprakelijkheden te plaatsen in het privaatrechtelijk systeem van de bronnen van verbintenis? Prototypisch is dat een contractspartij A verplichtingen heeft tegenover iemand (C) met wie hij *stricto sensu* niet heeft gecontracteerd, doch jegens wie hij toch een zekere zorgplicht heeft. Wanneer men abstraheert van de vraag welke die verplichtingen precies zijn, lijkt een dergelijke aansprakelijkheid op drie wijzen juridisch in het vat te kunnen worden gegoten. Dat de aan de beroepsbeoefenaar te stellen norm daarbij steeds die van de zorgvuldige vakgenoot is, maakt die discussie niet minder interessant: wat die norm precies inhoudt en hoe deze ingeperkt moet worden, kan immers slechts worden bepaald door terug te vallen op het algemene verbintenissenrecht.

Denkbaar is in de eerste plaats dat men de aansprakelijkheid van de contractspartij A geheel beoordeelt vanuit het onrechtmatige daadsrecht. Dat men verplichtingen heeft tegenover een niet-contractspartij vloeit daar immers uit voort: dat dan sprake zou zijn van een 'derde' die wordt aangesproken, komt in het geheel niet op. Indien bijvoorbeeld een accountant wordt aangesproken door de koper van een onderneming omdat hij eerder voor een de onderneming verkopende cliënt een foutieve jaarrekening goedkeurde,⁹ kan men geheel abstraheren van de overeenkomst tussen accountant en cliënt en zich alleen afvragen of de accountant onrechtmatig handelde door de jaarrekening af te geven. Gelet op zijn publieke functie zal dat in beginsel zo zijn: ook indien hij het stuk ongevraagd zou hebben opgemaakt en openbaar gemaakt, was hij mijns inziens aansprakelijk geweest.¹⁰

Een probleem levert deze benadering echter op indien het bestaan van de overeenkomst wel degelijk relevant is voor de beoordeling van de onrechtmatigheid. Een dergelijk 'echt' geval van derden-aansprakelijkheid doet zich bijvoorbeeld voor indien een notaris wordt gevraagd een testament op te stellen, dit gebrekkig doet en vervolgens wordt aangesproken door de door de erflater

business'.

9 Hof Den Bosch 28 september 1983, NJ 1985, 120 (Dankers/A.) en zie algemeen over deze aansprakelijkheid Van den Akker, o.c.

10 Mijns inziens wordt deze stelling gesteund door HR 2 december 1994, NJ 1996, 246 (ABN-AMRO/Co op), waarin de Hoge Raad besliste dat de 'lead manager' bij de aandelenemissie weliswaar niet zonder meer op de accountantsverklaring mag afgaan, doch in beginsel wel (tenzij contra-indicatie). Zie ook S.A. Boele, Het arrest van de Hoge Raad in de zaak ABN AMRO/Co op, TVVS 1995, p. 68.

beoogde erfgenaam.¹¹ Zou men nu abstraheren van de opdracht aan de notaris, dan is het niet zonder meer mogelijk om de vereiste concrete verhouding tussen notaris en derde te creëren: *alleen* omdat de erflater wenste dat de door hem genoemde persoon erfgenaam zou zijn, kan deze ageren. Met andere woorden: de gebrekkige nakoming van laedens' verplichtingen uit de overeenkomst loopt samen met het onrechtmatig handelen jegens de derde.

In de tweede plaats zou men de bedoelde aansprakelijkheid in het overeenkomstenrecht kunnen plaatsen: tussen de aangesproken partij en haar wederpartij bestaat een contractuele norm die soms ook strekt tot bescherming van het belang van een derde.¹² De tussen arts en patiënt bestaande norm dat de arts zich inspant om de patiënt een zo goed mogelijke behandeling te bieden, strekt ook tot bescherming van het belang van de naasten van de patiënt. De overeenkomst strekt zich zo uit tot bepaalde groepen van personen die daarbij geen partij waren.¹³ Deze benadering wint nog aan kracht indien zelfs een zelfstandig contract kan worden geconstrueerd omdat contractant A *desgevraagd* inlichtingen verschaft en aldus sprake is van een *aanvaarding van aansprakelijkheid* voor het geval de inlichtingen onjuist of onvolledig blijken.¹⁴

11 Vgl. de recente Engelse uitspraak *White and Another v. Jones and Another* [1995] 2 WLR 187, waarover bijvoorbeeld W.S.M. Lloyd-Schut, AA 44 (1995), p. 622 e.v. Zie voor Duitsland ook Johannes Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen 1981, p. 364.

12 In Duitsland heeft men — daartoe gedwongen door het enge onrechtmatigheidsbegrip — hiervoor het 'Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte' gecreëerd: de derde kan geen nakoming eisen, maar wordt 'bescherm'd tegen de wanprestatie van de contractant jegens zijn wederpartij. Zie bijvoorbeeld Medicus, *Schuldrecht I*, 7. Aufl., München 1993, p. 356 e.v.

13 Vranken, o.c., p. 1404, spreekt in het voetspoor van G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de overeenkomst*, in: *Als een goed huisvader* (Nieuwenhuis-bundel), Deventer 1992, p. 94, van de 'contractueel betrokken derde': 'welke derden staan zo dicht bij de overeenkomst dat zij deze (...) tegen zich moeten laten gelden dan wel er aanspraken aan kunnen ontleen?'. Opvallend is dat Lankhorst de grondslag van een dergelijke vordering in de onrechtmatige daad zoekt, waar toch de schending van de contractuele norm juist dan meer voor de hand lijkt te liggen.

14 Vgl. de uitspraak van Roundell Palmer, geciteerd door Lord Reid in *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners* [1963] 2 All ER 582: nodig is dat tussen partij en derde een zodanige relatie bestaat 'as to bring them virtually into the position of parties contracting with each other'. Zie ook Lord Shaw in *Nocton v. Lord Ashburton* [1914] AC 972: de relatie is 'equivalent to contract' indien er is 'an assumption of responsibility in circumstances in which, but for the absence of consideration, there would be a contract'.

In de derde plaats ten slotte kan men de 'derden-aansprakelijkheid' als een geheel eigen rechtsfiguur zien. Tussen de aangesproken contractant en de gelaedeerde bestaat een zodanig bijzondere verhouding dat een eventuele aansprakelijkheid daar rechtstreeks uit voortvloeit.¹⁵ In deze benadering bekommert men zich niet om de aansluiting bij het bestaande stelsel en kan men dus niet profiteren van de kennis die ligt opgeslagen in het contracten- en onrechtmatige daadsrecht.¹⁶ Het is de *vertrouwensrelatie* zelf die tot gebondenheid leidt.¹⁷ Op het eerste gezicht aansprekend, is hier het nadeel dat van een 'relatie' nu eenmaal altijd sprake is in het recht en dat juist de vraag is *welke* verhouding zodanig gespecificeerd is dat een gebondenheid bestaat, een vraag die naar mijn mening dient te worden beantwoord aan de hand van de traditionele bronnen van verbintenis.¹⁸

De meest vruchtbare benadering van de derden-aansprakelijkheid lijkt mij dan ook die te zijn waarbij vanuit het leerstuk te werk wordt gegaan dat van oudsher de relaties tussen 'vreemden' beheerst: de onrechtmatige daad. De daar bestaande beginselen omtrent zorgvuldigheid, causaliteit, etc. dienen toepassing te vinden op de bank die jegens 'derden' onrechtmatig handelt. Dat een *gezichtspunt* daarbij de 'bijzondere relatie' van de betrokken personen is en dat het feit dat de aangesproken partij had gecontracteerd met een ander invloed kan hebben op de aansprakelijkheid, staan daaraan niet in de weg, sterker nog, deze beide factoren openen een venster naar een vergezicht dat in Nederland nog onvoldoende aandacht heeft gekregen: de inperking van de aansprakelijkheid naar de *soort verhouding* die bestaat. In dat verband verdient het aanbeveling om thans eerst kennis te nemen van het Engelse recht, waarin men zich met dit bijtje al

15 Vgl. J. Eggens, *De rechtsbetrekking van notaris en cliënt*, VPO I, Haarlem 1958, p. 239 e.v.

16 De benadering wordt voor de relatie bank-cliënt desalniettemin gekozen door C. van Ravenhorst, *Over spreek-, zwijg- en adviesplichten in de verhouding bank-cliënt*, TVVS 1990, p. 137 e.v., die echter neigt naar een contractuele duiding van wat hij noemt een 'dynamische cliënten-relatie' (p. 142). Zie ook zijn *De bankovereenkomst*, diss. Tilburg 1991, Amsterdam 1991, vooral p. 8 e.v.

17 Zie daarover echter terecht kritisch Van Ravenhorst, o.c., p. 137: het begrip 'vertrouwen' is te weinig gestructureerd om er een gebondenheid mee te kunnen verklaren. Zie daarover vanuit methodisch perspectief ook mijn *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, diss. Leiden 1995, Arnhem 1995, p. 115 e.v.

18 Het behoeft geen betoog dat dit een methodische stellingname is, voor de rechtstheoretische uitwerking waarvan ik graag verwijs naar mijn zojuist genoemd proefschrift, p. 147 e.v.

geruime tijd een weg weet te hakken door het woud der delictuele aansprakelijkheid.¹⁹

3 Onrechtmatige daad en gespecificeerde verhouding

Waar in het Nederlandse recht de inperking van een eventuele aansprakelijkheid plaatsvindt door aan een algemene zorgvuldigheidsnorm beperkingen van relativiteit, causaliteit en soort schade aan te leggen teneinde de kring van gerechtigden te beperken, bestaat weinig behoefte om te bezien wat precies de *soort* verhouding is waarin de gelaedeerde en de laedens tot elkaar staan. Toch kan een dergelijke benadering haar vruchten afwerpen. Het probleem in gevallen van derden-aansprakelijkheid betreft immers in wezen de inperking van de kring van gerechtigden: met wier belangen moet nog rekening worden gehouden? Traditioneel gaat die vraag naar Nederlands recht op in die naar de specifieke zorgvuldigheidsnorm: het handelen dat daarmee in strijd is *schept* (indien aan de zojuist vermelde elementen is voldaan) de geconcretiseerde verhouding.

Spreekt men van een *derden*-aansprakelijkheid, dan gaat men echter niet langer uit van de norm zelf, maar stelt men de betrokken *personen* centraal: nu men jegens een grotere kring aansprakelijk is dan traditioneel het geval is, springt vooral *ten opzichte van wie* men aansprakelijk is in het oog. De gespecificeerde verhouding creëert *zelve* de aansprakelijkheid. Het is in dit verband dat het Engelse recht bijzondere aandacht verdient.

De gedachte dat een eventuele schadevergoedingsplicht direct moet worden gekoppeld aan de aanwezigheid van een bijzondere verhouding tussen de betrokken personen is immers naar Engels recht zeer ontwikkeld.²⁰ Aansprakelijkheid voor 'negligence' bij 'pure economic loss' bestaat daar slechts indien een situatie waarin een 'duty of care' is geschonden aanwezig is en een dergelij-

19 Op de opgelaaide, door vooral Amerikaanse ontwikkelingen geïnspireerde, algemene discussie hoe aansprakelijkheid te beperken (zie thans J. Spier (ed.), *The Limits of Liability*, The Hague etc. [1996]) kan hier helaas niet uitgebreid worden ingegaan.

20 Deels wordt dit veroorzaakt door de eis van de *consideration*: wat bij gebreke daarvan niet als overeenkomst kan worden geconstrueerd, moet nu als *special relationship* in het onrechtmatige daadsrecht worden geconstrueerd. Vgl. Lord Devlin in *Hedley Byrne*, p. 610, alsmede Chitty on Contracts, vol. I (1994), no. 1-076 over de 'contractual environment' van de onrechtmatige daadsvordering.

ke 'duty-situation' impliceert een bijzondere verhouding tussen de betrokkenen.²¹

Dit kan het beste worden toegelicht aan de hand van de beroemde Hedley Byrne-case:²² het reclamebureau Hedley Byrne had gecontracteerd met Easipower, doch twijfelde aan de kredietwaardigheid van genoemd bedrijf. Via de bank van Hedley Byrne werden inlichtingen ingewonnen bij Heller, de bank van Easipower, die meedeelde dat Hedley's cliënt voldoende solvabel was, doch dat alle aansprakelijkheid werd uitgesloten. Toen Easipower daarop failliet ging, vorderde Hedley schadevergoeding van Heller op grond van *negligence*. Het House of Lords achtte aansprakelijkheid (afgezien van de exoneratie) denkbaar indien een 'special relationship' bestond tussen de bank en de gelaedeerde en deze zou in elk geval aanwezig zijn:²³

'where it is plain that the party seeking information or advice was trusting the other to exercise such a degree of care as the circumstances required, where it was reasonable for him to do that, and where the other gave the information or advice when he knew or ought to have known that the inquirer was relying on him.'

Naar Engels recht dus een zoeken naar die omstandigheden die de vereiste concrete verhouding creëren.²⁴ In die visie is spreken van 'aansprakelijkheid jegens derden' voor de hand liggend.²⁵ Wie het begrip voor Nederland gebruikt, moet echter inzien dat hij zich een methodisch standpunt aanmeet omtrent de manier waarop deze aansprakelijkheidsvorm moet worden geduid.

21 Vgl. over deze eis van 'proximity' bijvoorbeeld R.W.M. Dias & B.S. Markesinis, *Tort Law*, 2nd. ed., Oxford 1989, p. 61, alwaar de beroemde uitspraak van Lord Atkin uit *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562 wordt geciteerd: 'Who then, in law is my neighbor? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question'.

22 *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1963] 2 All ER 575.

23 In de woorden van Lord Reid, p. 583.

24 Men zie ook de verwevenheid van duty of care en 'proximity of neighbourhood' in de (overigens terughoudende) uitspraak *Caparo Industries plc v. Dickman and others* [1990] 1 All ER 568.

25 Zie bijvoorbeeld Werner Lorenz en Basil Markesinis, *Solicitor's Liability Towards Third Parties: Back Into the Troubled Waters of the Contract/Tort Divide*, *The Modern Law Review* 56 (1993), p. 558 e.v. Overigens blijf ook ik in het vervolg van 'derden-aansprakelijkheid' spreken omdat hiermee nu eenmaal goed wordt aangegeven waarom het gaat.

Het is dan ook niet te veel gezegd wanneer men stelt dat het Nederlandse recht thans op een kruispunt van wegen is gekomen. Het kan kiezen voor de 'relationele' benadering van het Engelse recht, maar ook voor een inpassen van de derden-aansprakelijkheid in de traditionele zorgvuldigheidsnorm. Het resterende gedeelte van deze bijdrage is een poging om dat laatste te doen voor de aansprakelijkheid van de bank voor verschaft informatie. De kring van in rechte te betrekken personen wordt zo afgegrensd aan de hand van traditionele criteria.

4 Bancaire aansprakelijkheid voor (niet) verschaft informatie

De stand van zaken ten aanzien van de bancaire aansprakelijkheid voor gegeven inlichtingen kan eenvoudig worden weergegeven door aan de uitspraak in Van Ittersum/Rabobank²⁶ te refereren. In casu had Van Ittersum aan Betex een partij overalls verkocht onder de voorwaarde dat Betex voldoende kredietwaardig zou zijn. De Rabobank Zwolle bevestigde dit telefonisch met de mededeling 'dat de omzet bij Betex elke week in elk geval het bedrag van de onderhavige transactie bedroeg en dat betere informatie niet kon worden gegeven'. Nog diezelfde week legde Rabobank een aflossingsschema op aan Betex teneinde het debetsaldo van vier miljoen gulden weg te werken. Wanneer het bedrijf daarop binnen een maand failliet gaat, vordert Van Ittersum schadevergoeding van de bank.

De Hoge Raad acht een delictuele aansprakelijkheid aangewezen en overweegt dat:

'het desverzocht verstrekken door een bank aan een derde van informatie omtrent de kredietwaardigheid van een cliënt niet alleen een onrechtmatige daad jegens deze derde kan opleveren wegens onjuistheid van de inhoud, maar ook wegens onvolledigheid van die informatie.'

Relevant is daarbij:

'met het oog op welk — aan de bank bekend, althans redelijkerwijs kenbaar — belang de derde de informatie verlangt, alsmede of en in hoeverre de

26 HR 10 december 1993, NJ 1994, 667. Het geval vertoont een opvallende gelijkenis met de zojuist aangehaalde Hedley Byrne-case. Een soortgelijk geval is Hof Den Bosch 22 december 1993, NJ 1994, 668 (Credit Lyonnais/Van Tuyl), waarover in paragraaf 6; vgl. ook rechtbank Leeuwarden 20 augustus 1987, NJ 1992, 803 (Dijkstra/Rabobank).

bank kan en behoort te begrijpen welke haar ter beschikking staande informatie voor de derde, in het licht van diens evenbedoelde belang, van betekenis is. Zo de bank over informatie omtrent de credietwaardigheid van haar cliënt beschikt, die zij niet aan de derde wenst te openbaren, zal zij zich in het algemeen ervan moeten onthouden welke informatie dan ook te verstrekken.'

Revolutionair lijkt dit niet. Dat het rekening moeten houden met de belangen van derden ook kan inhouden dat men die derden mededelingen van een bepaalde aard doet, is sinds het arrest Baris/Riezenkamp²⁷ immers gemeengoed. De bestaande zorgplicht kan meebrengen dat enigerlei sanctie intreedt indien men de uit hem voortvloeiende consequenties niet aanvaardt.²⁸ Dat in het algemeen de bank een dergelijke mededelingsplicht jegens derden of zelfs jegens een cliënt heeft, kan niet worden gezegd; van een 'vertrouwensrelatie' is zelfs met de (particuliere) cliënt niet op voorhand sprake. Slechts indien de relatie intenser is, bijvoorbeeld omdat zich een commerciële cliënt aandient met wie de relatie al langere tijd duurt, is men geneigd van een vertrouwensrelatie te spreken.²⁹

Het is interessant om na te gaan wanneer nu precies aansprakelijkheid van de bank bestaat. De Hoge Raad kiest een vruchtbaar uitgangspunt door de kenbaarheid voor de bank van het belang dat de derde bij de te verkrijgen informatie heeft voorop te stellen. De steeds weer geuite vrees dat men aansprakelijk wordt 'in an indeterminate amount' en 'to an indeterminate class'³⁰ lijkt immers onterecht zolang men als aansprakelijk te stellen persoon van te voren weet wanneer men met eens anders belangen rekening heeft te houden. De bank moet kunnen weten waarom de derde de informatie wil (doorgaans om de financiële

27 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67.

28 Nu even daargelaten of die van contractuele of van delictuele aard zijn. Vgl. J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle 1989, p. 197 e.v.

29 Zie bijvoorbeeld Van Ravenhorst, o.c., p. 138 (vgl. p. 137: 'de bankier is van oudsher een zwijger bij uitsteking die zich slechts bemoeit met andermans zaken voor zover zijn eigen belangen daarmee gemoeid zijn'). Vgl. de terughoudende uitspraak HR 13 november 1987, NJ 1988, 278 (Haanstra/Rabobank). Deze opvatting komt op mij nogal gedateerd over.

30 In de ook steeds weer aangehaalde uitspraak van Benjamin Cardozo in de Amerikaanse leading case over negligent misrepresentation *Ultramares Corporation v. Touche, Niven & Co.*, 255 N.Y. 170, 174 N.E. 441 (1931). Zie bijvoorbeeld C.J.J.M. Stolker, Aansprakelijkheid voor beroepsfouten — van droomcarrière naar nachtmerrie, AA 44 (1995), p. 17.

situatie van een toekomstige contractspartner te kunnen doorgronden) en welke informatie precies voor de derde relevant is voor het te sluiten contract. Schendt de bank met die kennis toch een mededelingsplicht, dan is aansprakelijkheid redelijk: de bank kan dan immers rekening houden met een eventuele aansprakelijkstelling en kan bewust besluiten om de informatie niet of onvolledig te geven.³¹

Nu is deze kenbaarheid van het causaal verband tussen de te geven informatie en het contracteren door de derde met een door hem gekozen contractspartij — want daarom gaat het in wezen — een factor die doorgaans bij de *dwaling* aan de orde wordt gesteld: een overeenkomst is vernietigbaar indien informatie wordt achtergehouden of onjuist gegeven terwijl men weet of moet weten dat die informatie essentieel is voor de wederpartij. In de verhouding contractant-derde speelt die kenbaarheid eenzelfde rol, doch nu als bepalend voor de vraag of jgens *een derde* onrechtmatig is gehandeld.³²

Hiermee kan dan worden onderscheiden³³ in gevallen waarin de bank aansprakelijk is voor verschaft informatie omdat opzettelijk een onjuiste mededeling is gedaan of opzettelijk is verzuimd een noodzakelijke mededeling te doen en hierdoor een derde is misleid. In dat geval bestaat over een eventuele aansprakelijkheid weinig twijfel; zelfs indien de bank niet wist dat de mededeling voor anderen van essentieel belang was, is aansprakelijkheid aangewezen.³⁴

En daarnaast zijn er dan de meer interessante gevallen waarin de bank het belang van een derde bij een juiste en volledige informatievoorziening kent of behoort te kennen. Dit kan het geval zijn omdat voor de aan te spreken bank voorzienbaar is of moet zijn dat bij het doen of nalaten van bepaalde (onjuiste)

31 Vgl. A.G. Castermans, De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase, diss. Leiden 1992, Deventer 1992, p. 160, Van den Akker, o.c., p. 45, alsmede Medicus, o.c., p. 359 en Chitty, o.c., no. 6-045. Dit is uiteraard een economische verklaring, waarover ook G.C.J. Lekkerkerker, *Limitering van aansprakelijkheid (...)*, WPNR 6176 (1995), p. 250. Zie onder 5 voor de vraag of deze afgrenzing voldoende is.

32 Hetgeen de vraag oproept of niet ook de vernietiging wegens (eenzijdige) dwaling beter als een vraag van onrechtmatige daad kan worden beschouwd. Ik muntte hiertoe de term 'onrechtmatige totstandkoming' (zie de al aangehaalde diss., p. 297).

33 Vgl. voor een andere indeling in typen E.P. Ellinger en Eva Lomnicka, *Modern Banking Law*, Oxford 1994, p. 200.

34 Kennelijk anders en voorzichtiger M.A. Blom en J.M. Boll, *Prospectusaansprakelijkheid* [= preadvies Vereniging voor Effectenrecht nr. 2], Deventer 1995, p. 25. Toegegeven zij dat in de term 'opzettelijk' reeds een element van bewustheid van andermans belang zit.

mededelingen een derde nadeel zal lijden,³⁵ maar ook omdat meer algemeen de bank — al is het directe nadeel niet voorzienbaar — zich de belangen van een derde moet aantrekken. In het geval van Van Ittersum/Rabobank was voor de bank niet voorzienbaar dat Betex de overeenkomst jegens Van Ittersum niet zou nakomen; dat de bank vanwege de kenbaarheid van het belang van Van Ittersum toch relevante informatie moest verstrekken, is echter evident.³⁶

Thans dient aan de orde te komen of met de nadruk op het kenbare belang bij (bepaalde) informatie de pregnante vraag naar de grenzen der aansprakelijkheid op bevredigende wijze wordt beantwoord. Wanneer immers bestaat deze kenbaarheid?

5 Het kenbare belang bij (bepaalde) informatie en het criterium van de 'potentiële partij'

Of de bank aansprakelijk is jegens een derde, hangt kortweg daarvan af of de bank zich bewust had moeten zijn van het belang van de derde bij de al dan niet (foutief) verstrekte informatie. De bank weet of moet weten dat de informatie voor de door de derde te verrichten handelingen essentieel is: met juiste en/of volledige informatie zou de derde niet (op deze wijze) hebben gehandeld.

Is hiermee een gewenste afgrenzing gegeven? Welke kring van belanghebbende derden is hiermee geschapen? Het komt mij voor dat de zorgvuldigheidsnorm aldus nog onvoldoende is ingeperkt. Een formulering als door de Hoge Raad gebruikt laat immers — naar ik aanneem onbedoeld — ruimte voor een aansprakelijkheid van derden die als 'buitenstaander' toevalligerwijze vernemen van een door de bank schriftelijk of mondeling gedane mededeling. Kan in het eerder behandelde geval de chauffeur van de directeur van de Rabobank, die toevalligerwijze het gesprek dat zijn baas per autotelefoon met Van Ittersum voert afluistert, de bank aanspreken indien ook hij contracteert met Betex? Volgens de Hoge Raad wel indien de directeur weet dat ook de chauffeur belang heeft bij juiste informatie. Maar in die zin heeft iedereen belang bij wat de bank te

35 De nadruk lag bijvoorbeeld op voorzienbaarheid in het al aangehaalde NJ 1982, 443 en in NJ 1983, 367; zie voor een belangrijk niet-bancair geval van derden-aansprakelijkheid HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 (Albada Jelgersma).

36 Een aansprakelijkheid wegens opgewekt vertrouwen 'zich eens anders belang aan te trekken' lijkt sowieso in opkomst. Zie met name HR 18 november 1994, NJ 1995, 170 (Securicor).

berde brengt; in abstracto zijn wij immers allen potentiële contractspartijen van elkaar.

Er is dus meer nodig dan alleen een zich bewust zijn van andermans belang. Zelfs ten aanzien van voorzienbare schade deelt Lord Oliver ons mee:³⁷

'To apply as a test of liability only the foreseeability of possible damage without some further control would be to create a liability wholly indefinite in area, duration and amount and would open up a limitless vista of uninsurable risk for the professional man.'

De Hoge Raad formuleerde de regel in Van Ittersum/Rabobank voor een geval waarin om informatie was *verzocht* door de derde, zodat daarmee een voldoende concrete verhouding was ontstaan tussen de laedens en de gelaedeerde.³⁸ Maar van een verzoek behoeft niet altijd sprake te zijn, wil aansprakelijkheid intreden. En hier nu blijkt het belang van onze eerdere methodische uitweiding: wat de zorgvuldigheidsnorm meebrengt ten aanzien van de te behartigen belangen dient namelijk te worden bepaald aan de hand van de specifiek bestaande relatie tussen bank en derde. Die bijzondere relatie kan voortvloeien uit een gedaan verzoek om informatie, maar ook uit andere factoren.

Nu kan men zeggen dat het onmogelijk is om die factoren in abstracto onder één uniform criterium te brengen,³⁹ maar ik zou daartoe toch een poging willen wagen. Wat namelijk opvalt bij de bestudering van Ittersum/Rabobank is dat de door de Hoge Raad gebruikte formulering is toegesneden op wat de bank *subjectief* kan en behoort te begrijpen ten aanzien van het belang van de derde bij informatie. Zo subjectief behoeft het echter niet. Iedere soort informatie is immers bedoeld om slechts op een bepaalde wijze te worden gebruikt. Zoals men voor gebrekkige produkten in beginsel slechts aansprakelijk is indien de benadeelde deze heeft gebruikt overeenkomstig het verwachte gebruik,⁴⁰ zo is

37 Lord Oliver in *Caparo Industries plc v. Dickman and others* [1990] 1 All ER, 593. Zie voor een soortgelijk standpunt Köndgen, o.c., p. 373.

38 Men kan zich afvragen of daarmee zelfs niet een *contractuele* verhouding is ontstaan tussen bank en derde. In die zin is Rabobank/Van Ittersum dan ook geen 'echt' geval van derden-aansprakelijkheid.

39 Een fraaie discussie omtrent die 'andere factoren' vindt men met name in *Caparo Industries*, p. 568. Vgl. de scepsis tegenover het opstellen van één uniform criterium van Lord Oliver (p. 587), alsmede G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, diss Leiden 1992, Deventer 1992, p. 209.

40 Zie art. 6:186 lid 1 sub b en vgl. Lord Oliver in *Caparo Industries*, p. 600.

men mijns inziens voor foutieve of onvolledige informatie slechts aansprakelijk indien deze wordt gebruikt door personen waarvan voor de informatieverschaffer objectief vaststelbaar is dat zij voor de cliënt potentiële contractspartners zijn. Zo worden alleen die derden beschermd die de informatieverschaffer als 'waarschijnlijke' contractspartijen moest zien. De chauffeur is dat niet, partijen met wie eerder zaken werden gedaan door de cliënt wel.

Het beeld wordt dan aldus: buiten het geval waarin expliciet om informatie wordt verzocht, is de bank mijns inziens aansprakelijk indien uit de relatie tussen bank en cliënt voortvloeit dat de bank kennis heeft omtrent de potentiële derden met wie de cliënt handelt of gaat handelen. Handelen die derden op grond van onjuiste of onvolledig verstrekte informatie, dan 'hangt' de bank. De vraag wie potentiële partijen zijn, werpt ons zo weer terug op de crux van de derden-aansprakelijkheid: dat immers kan slechts worden vastgesteld door de partijverhouding te bezien. De (contractuele) relatie tussen bank en cliënt moet worden doorgelicht om een eventuele delictuele aansprakelijkheid jegens derden te bepalen, doch alleen omdat die relatie inzicht geeft in de vraag met wier belangen de bank heeft te rekenen.⁴¹

Is dan ook sprake van een particuliere cliënt, wiens contact met de bank beperkt blijft tot loket- en (geld)automaathandelingen, dan zal de bank onvoldoende van hem weten om te kunnen bepalen wie der potentiële contractspartners mogelijk wordt getroffen door de gebrekkige informatie. Dit is anders in geval van een 'huisbankier' die de cliënt met raad en daad terzijde staat; lijdt een 'onbekende' derde dan schade omdat hij afging op door de bank verschaft informatie, dan is aansprakelijkheid redelijk indien de bank het belang van de cliënt bij contracteren met een dergelijke derde moest kennen. Dat is zeker het geval indien met de bank als adviseur is besproken voor het aangaan van welke *soort* overeenkomst met welke *soort* partijen bijvoorbeeld de verstrekte geldlening zou dienen.

En waarom is dit nu een 'traditionele' duiding van de derden-aansprakelijkheid? Om de eenvoudige reden dat hiermee in wezen een uit de relatie bank-client voortvloeiende norm (de bank zal in het belang van *deze* cliënt aan *bepaalde* — potentiële — wederpartijen juiste en volledige informatie verschaffen) wordt geëxtrapoleerd naar de delictuele verhouding tussen bank en derde: schending

41 Men zou overigens kunnen stellen dat het belang van de bank 'doortikt' in de verhouding tussen cliënt en 'geadviseerde' derde omdat de bank *zelf* enig belang heeft bij de juiste nakoming van de overeenkomst waarbij de derde partij is (nu ook de cliënt daarbij immers is gebaat). Vgl. ook Medicus, t.a.p.

van die norm betekent dat aan de eis van relativiteit is voldaan. Men heeft de overeenkomst nodig om die specifieke norm op te kunnen stellen, maar de schending ervan betekent dat in de eerste plaats *de derde* schade lijdt. Men mag dat zo zien dat eigenlijk de contractspartij zelf zou moeten ageren nu de bank niet doet wat deze jegens haar zou moeten doen, maar omdat dit in geval van verschaffing van verkeerde informatie omtrent de kredietwaardigheid juist in het voordeel van de cliënt uitpakt, de derde in haar plaats treedt.

Wie het voorafgaande samenvat, ziet dit: alleen aansprakelijkheid indien voor de bank duidelijk was of moest zijn dat de (onvolledig of onjuist) verschaft informatie voor de derde essentieel was en bovendien een bijzondere relatie valt te construeren tussen bank en derde, hetzij omdat om de informatie is verzocht, hetzij omdat de bank weet of moet weten dat de derde een waarschijnlijke contractspartner is van de cliënt en om die reden gebaat is bij een volledige en juiste informatievoorziening (omdat ook de cliënt en dus uiteindelijk de bank daarbij weer voordeel heeft). Het arrest Van Ittersum/Rabobank maakte echter duidelijk dat hiermee een belangenconflict is gegeven, waaraan nog enige nadere aandacht moet worden besteed.

6 Het beleid van de bank ten aanzien van het verschaffen van informatie en het 'rollenconflict'

Wat betekent dit alles nu concreet voor de handelwijze van de bank? Deze krijgt onherroepelijk te maken met conflicterende belangen. De bank dient immers òf volledige opening van zaken te geven ten aanzien van de financiële toestand van een cliënt òf in het geheel niets te zeggen. In het eerste geval zal hij de belangen van de cliënt niet goed behartigen wanneer hij niet eerst met hem overlegt, in het tweede geval staat de cliënt er niet veel beter voor omdat het zwijgen van de bank een aanwijzing zal zijn voor de derde dat het bedrijf in een weinig florissante toestand verkeert. Ook in dat geval zal - alvorens niets te zeggen - met de cliënt moeten worden overlegd teneinde aansprakelijkheid jegens hem te voorkomen.⁴²

Indien de bank besluit tot het geven van informatie, dan zal die wel afgewogen moeten zijn en gebaseerd op alle informatie die de bank tot haar beschikking

42 Zie in dezelfde zin P. van Schilfgaarde in zijn NJ-noot en J. Spier in A&V 2 (1994), p. 21. Een dergelijk overleg schijnt in de praktijk overigens zelden te worden gevoerd.

heeft.⁴³ Wat Lord Hodson in 1963 blijkens deze retorische vraag nog volslagen onredelijk achtte,⁴⁴

'Is he (de bank, JMS) then expected, in business hours in the bank's time, to expend time and trouble in searching records, studying documents, weighing and comparing the favourable and unfavourable features and producing a well-balanced and well-worded report?'

achten wij in het licht van de gewijzigde opvattingen omtrent aansprakelijkheid thans niet vreemd meer.

De bank komt hiermee in een weinig benijdenswaardige positie te verkeren nu zij twee tegenstrijdige rollen heeft te vervullen. Aan de ene kant is er de rol van de bank als behartiger van het belang van de cliënt (bij een zo rooskleurig mogelijk voorstellen van diens financiële toestand), aan de andere kant dient de bank tegenover de derde de rol van objectieve verschafter van informatie te vervullen. Op het voetspoor van Köndgen⁴⁵ zij echter gesteld dat het recht moet aangeven welke rol voor gaat; gebeurt dit niet, dan loopt men het risico dat de bank òf beide belangen wil dienen (wat een zodanige *mission impossible* is dat geen der betrokkenen een dienst wordt bewezen⁴⁶), òf kiest voor de meest lucratieve belangenbehartiging. Indien de cliënt bijna failliet is en de te informeren derde een andere (toekomstige) cliënt is, zal de keuze doorgaans niet moeilijk zijn en wordt de eerste beroofd van een contract dat hem wellicht voor faillissement zou hebben behoed.

De Hoge Raad lijkt dit 'rollenconflict' in geval van onjuiste of onvolledige informatie op te lossen ten gunste van de derde door de bank aansprakelijk te achten indien zij moet weten wat voor de derde relevant is. De cliënt wordt hier achtergesteld bij de derde. Dat daarvoor goede reden bestaat realiseert men zich

43 Vgl. de al aangehaalde uitspraak van het Hof Den Bosch, NJ 1994, 668: 'Van een bank mag worden verwacht dat zij informatie verschaft op basis van gedegen onderzoek en voor de beoordeling van de kredietwaardigheid gebruik maakt van alle bij de bank aanwezige materiaal'. Zie bijvoorbeeld ook reeds rechtbank Utrecht 21 december 1938, NJ 1939, 876 (Petit/Woerdensche Bank).

44 In de Hedley Byrne-case, p. 600.

45 Selbstbindung ohne Vertrag, o.c., p. 375 e.v.

46 Iets dergelijks leek zich voor te doen in Van Ittersum/Rabobank, waarin de bank een nogal tweeslachtige verklaring afgaf (zie paragraaf 4). Naar verluidt is men in de bancaire praktijk tegenwoordig zelfs in beginsel niet langer bereid informatie over derden te verschaffen. Of hiermee niet het kind met het badwater wordt weggegooid is een retorische vraag.

indien men de zojuist geschetste visie op derden-aansprakelijkheid nog eens doordenkt: het is in het algemeen juist in het belang van de cliënt dat de bank over hem juiste informatie verschaft; dat dit soms juist leidt tot een *benadeling* van de cliënt is echter onvermijdelijk en niet te wijten aan de bank, maar aan de financiële positie van de cliënt zelve.⁴⁷

Al met al is in deze bijdrage de nadruk gelegd op de mogelijkheid de aansprakelijkheid voor verstrekte informatie in te bedden binnen de bestaande kaders van het verbintenissenrecht. Daarmee is wellicht meer programmatisch dan beschrijvend te werk gegaan, maar dat is voor een rechtsgebied in ontwikkeling mijns inziens de beste tactiek. Een weergave van het positieve recht terzake is uiteraard ook gegeven, maar juist op actuele terreinen als deze verdient de toekomst meer aandacht.

⁴⁷ Bedacht zij dat de bank zich jegens degene die om de informatie verzoekt in beginsel voor aansprakelijkheid kan exoneren zodat het belangenconflict zich niet in die mate voordoet als eerder geschetst: de bank die weet dat op haar - wellicht dubbelzinnige - mededeling zal worden vertrouwd en zich niet exonereert, aanvaardt verantwoordelijkheid.